

《歐美研究》第三十八卷第四期 (民國九十七年十二月), 637-669
http://euramerica.ea.sinica.edu.tw/
© 中央研究院歐美研究所

歐盟關於結婚權與組成家庭權之保護： 從歐洲人權法院與歐洲法院相關案例談起*

許耀明

國立中興大學科技法律研究所
40254 台中市南區國光路 250 號
E-mail: yaoming_hsu@hotmail.com

摘要

本文從歐洲人權法院相關於歐洲人權公約第 12 條之諸判決與闡釋，以及歐洲法院相關判例與歐盟立法出發，討論在該等公約與歐盟架構下，對於結婚權、組成家庭權與家庭團聚權之保障要件、適用疑義與具體案例。其次，本文針對變性人與同性戀者權利保護之角度，分析歐洲人權法院對其權利保障適用歐洲人權公約第 12 條，或第 8 條之可能，以及歐洲法院對於變性人與同性戀者之權利保障。最後，針對歐盟人員自由流動之情形，在部分國家已經承認同性婚姻或同性共同生活契約之情形下，本文一併處理他國如何看待此一身分關係之國際私法問題，並以此討論國際私法與基本權利之互動關係。

關鍵詞：歐洲聯盟、人權、結婚權、家庭權、同性婚姻

投稿日期：97.1.16；接受刊登日期：97.6.10；最後修訂日期：97.9.27

責任校對：林碧美、吳智偉、張滌之

* 本文曾發表於二〇〇七年十月十九日中央研究院歐美研究所「第三屆歐洲人權理論與實際」學術研討會，感謝與談人焦興鑑教授諸多指正與寶貴意見，亦感謝兩位匿名審稿人諸多指正與建議，然本文所有文責當由作者自負。

壹、前言

現代意義之人權保護，可以溯及到美國獨立革命之「獨立宣言」(The United States Declaration of Independence, 1776) (Ishay, 2004: 95; Tomuschat, 2003: 12) 與法國大革命之「人權宣言」(Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen, du 26 août 1789) (de Smet, 2001: 9; Rigaux, 2007: 307-349)，在該等宣言中，「人」第一次得從國家之恣意權力限制中解放出來，而有與生俱來不可剝奪之基本自由與權利。自二次世界大戰之後，人權之保護，已然成為國際間與各國之基本價值之一。於一九四五年「聯合國憲章」(Charters of the United Nations) 中，該前言即明確宣示「我聯合國人民茲決心……重申基本人權，人格尊嚴與價值，以及男女……平等權利之信念……」；¹ 一九四八年之「世界人權宣言」(The Universal Declaration of Human Rights)，² 更重申了個人諸項自由與權利保障之意旨；於一九六六年更以「公民與政治權利國際公約」(International Covenant on Civil and Political Rights) 與「經濟、社會與文化權利國際公約」(International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)，更為細緻地規範了各項權利之基本內涵。³

而在歐洲，一方面透過歐洲委員會 (Council of Europe) 架構下的一九五〇年「歐洲人權公約」(European Convention for the Pro-

¹ 聯合國憲章前言譯文參見丘宏達、陳純一 (2002: 23)；陳隆志、黃昭元、李明峻、廖福特 (2006: 4)。

² 譯文參見丘宏達、陳純一 (2002: 369)；陳隆志等 (2006: 22)。相關解說可參閱Rehman (2003: 53)。

³ 公民與政治權利國際公約譯文請參見丘宏達、陳純一 (2002: 394)；陳隆志等 (2006: 38)。相關說明可參閱Rehman (2003: 62)。經濟、社會與文化權利國際公約譯文請參見丘宏達、陳純一 (2002: 412)；陳隆志等 (2006: 27)。相關說明可參閱Rehman (2003: 104)。

tection of Human Rights and Fundamental Freedoms; 以下簡稱 ECHR Convention)，建構了著名的區域性人權保障機制。⁴ 其透過歐洲人權法院之裁判，在許多具體個案裡，落實了各項基本權利與自由之保障 (Berramdane, 2006: 243-272; Ciampi, 2006: 85-116; Flausse, 2006: 5-22; Marguénaud, 2005; McKaskle, 2005: 1; 廖福特, 2003; 顏厥安、林鈺雄, 2007)。與本文直接相關者，歐洲人權公約第 12 條明文規定：「已屆適婚年齡之男女有權依其國內法而實行結婚及組織家庭之權利」；此外，透過歐洲人權公約第 8 條對於私人與家庭生活保障之條款，本文關切之結婚權與家庭權亦間接受到保障，該條第 1 項規定：「人人均有權使其私人及家庭生活，其家庭及通訊受到尊重。」而該公約第 14 條亦規定，「本公約所規定之權利及自由之享有，應確保不因性別、種族、膚色、語言、宗教、政治或其他意見、民族或社會出身，與國內少數民族之密切關係、財產、出生或其他身分，而受到歧視」。此一平等權條款之適用，亦得作為結婚權與組成家庭權保障之基礎。

另一方面，歐洲共同體 (European Community) 與歐洲聯盟 (European Union) 之發展過程中，除了於個別歐盟與歐體條約中，有個別人權保障之條文規定外，⁵ 歐體也於一九八九年通過「歐洲共同體勞動者基本社會權憲章」(Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, 1989)，⁶ 歐盟又於二〇〇〇年通過「歐洲聯盟基本權利憲章」(Charter of Fundamental Rights of the

⁴ 歐洲人權公約譯文請參見陳隆志等 (2006: 546)。

⁵ 例如一九九七年阿姆斯特丹條約 (歐盟條約) 第 6 條第 1 項，「本聯盟建立於自由、民主、尊重人權與基本自由、法治原則等各成員國共同接受之原則之上。」

⁶ 歐洲共同體勞動者基本社會權憲章相關說明參見 Bourrinet & Nazet-Allouche (2002); Rodière (2002: 136)。

European Union, 2000),⁷ 並進一步於二〇〇五年「歐洲憲法條約」草案 (Draft of Treaty establishing a Constitution for Europe) 中,⁸ 於第二部分納入人權保護專章 (The Charter of Fundamental Rights of the Union)。此外, 歐洲法院 (European Court of Justice) 本身也在諸多判決中, 彰顯其對於人權之重視 (Andriantsimbazovina, 2000: 253-293; Daniele, 2006: 67-81; de Schutter, 2004: 315-349; Soriano, 2006: 923-953; Tizzano, 2006: 9-21)。歐盟對於基本自由與權利之重視, 由此可見一斑。最後, 前述國際與歐盟人權保護與人權觀之發展, 亦已逐漸向「普世人權」(universal human rights) 之方向邁進, 但其同時也考慮了「文化相對論」(Cultural Relativism) 與經濟發展與人權之互動關係 (Donnelly, 1989)。

在以上之脈絡下, 本文首先嘗試分析與討論歐洲人權公約第 12 條關於結婚權與組成家庭權之意義與相關歐洲人權法院案例, 以求清楚地建構此等權利保障之要件、限制與實際發展情形, 並兼論歐洲法院之相關判例。其次, 本文亦從歐洲人權公約第 8 條 (尊重私人及家庭生活權) 與第 14 條 (禁止歧視) 之角度, 以及歐體相關立

⁷ 歐洲聯盟基本權利憲章 18.12.2000, Official Journal of the European Communities, C 364/1. 相關說明參見廖福特 (2003: 381)。

⁸ 歐洲憲法條約草案 16.12.2004, Official Journal of the European Communities, C 310/1. 此一條約, 由於法國與荷蘭相繼於二〇〇五年中公投反對該憲法條約, 因此歐洲憲法條約之各國議決過程, 形同停滯。在二〇〇七年十月歐盟里斯本高峰會通過里斯本條約修正歐盟條約與歐體條約後, 該憲法條約草案, 可說是正式宣告終止。歐洲憲法條約相關議決過程評論, 可參見 de Búrca (2006: 6-8)。關於歐洲憲法條約草案之相關說明請參見洪德欽 (2007: 255-321); 蘇宏達 (2007: 323-389)。關於歐洲憲法與憲政主義之發展, 另可參見 Bodnar, Kowalski, Raible, & Schorkopf (2003); Dehousse (2002); Eriksen, Fossum, & Menéndez (2004); Lenaerts (2005); Loussouarn, Jacqué, & Loy (2005: 225-280); Skordas (2005: 241); Weiler (1999); Weiler & Wind (2003)。關於歐洲憲法條約草案與基本權之保障關係, 參見 Corréard (2006: 501-529)。

法與歐洲法院相關判例，討論結婚權與家庭權之其他保護可能，尤其是關於同性婚姻議題之相關討論（因歐洲人權公約第 12 條明確規定「男女」字樣，而無法有該條之保障可能）。最後，本文更從歐盟國際私法 (European private international law/droit international privé européen) 發展之角度，討論此等權利在歐盟架構下所可能引發的法律適用問題與人權保障問題。結論處則簡要以本文所述歐盟經驗為借鏡，討論我國就結婚權與組成家庭權之保障上，目前法制上不足之處。

貳、歐盟結婚權與組成家庭權之意義與實踐

歐洲人權公約第 12 條規定：「已屆適婚年齡之男女有權依其國內法而實行結婚及組織家庭之權利」。⁹ 以下茲分析其意義、要件與各國依歐洲人權法院判例之實踐情形。

一、結婚權與組成家庭權之意義

結婚權與組成家庭權，兩者在傳統上意涵接近而有遞嬗關係。亦即，由一男一女結婚、生子，組成家庭，是目前大多數國家所採取的婚姻與家庭制度。然而，隨著時代演進，變性人之結婚權、同性婚姻、或同性或異性間之共同生活契約 (Cohabitation Contracts)，逐漸顛覆了前述傳統的家庭組成觀（許耀明，2006: 75-120），此詳見下述「參、一」。本節依舊先回到傳統定義，首先討論結婚權之傳統意涵，次論及組成家庭權之傳統意涵。附帶一提，多偶制 (polygamy) 之問題，限於時間與篇幅，本文暫不處理

⁹ ECHR Convention, art. 12: "Men and women of marriageable age have the right to marry and to found a family, according to the national laws governing the exercise of this right."

(Vasseur-Lambry, 2000: 89)。

(一) 結婚權之要件與保障

結婚權之要件，依各國法制與前述歐洲人權公約之規定，以「適婚年齡」與「異性間」為要件。首先，所謂適婚年齡，由於各國自然、人文、社會與經濟條件之差異，各國實體法制上往往有不同之規定。此一要件，不僅確保了生物學上男女之最低適婚狀態，也保障了結婚共組家庭的最低心智成熟條件，而為結婚自由行使之最低限制 (Vasseur-Lambry, 2000: 31)。歐洲人權公約前述條文，慮及各國此一差異可能性，即規定「依其國內法」之要件。然而，對於男女有不同之適婚年齡規定，是否將違反歐洲人權公約第 14 條禁止歧視 (Sudre, 2006: n° 180) 之規定？事實上，由於男女間生理成熟程度有差異，因此此一男女適婚年齡不同之規定，並不違反前述公約第 14 條之規定 (Vasseur-Lambry, 2000: 33)。其次，「異性間」此一要件，則為前述公約條文所明訂，亦為歐洲人權公約會員國早期所共同規定。¹⁰ 在一九五〇年公約訂立之時，對於此等要件，並沒有任何爭議，因此也沒有針對「異性間」多為法律上之說明。因此此處所為之異性，應指生物學上之不同性別無疑。

此外，在婚姻之成立要件上，對於結婚意志之彰顯，學者認為結婚權包括「不結婚之自由」，雖歐洲人權法院尚無此類判決，但此乃內含於歐洲人權公約第 12 條 (Vasseur-Lambry, 2000: 136)。此等意志之完全表現，在未成年人部分，則需有法定代理人之同意 (Vasseur-Lambry, 2000: 142)。而在結婚意志之真正與否探詢上，各國則多由法官或行政官員為之，尤其是在移民結婚之情形，法官有權進行各種適當之調查，以求結婚真意之真正認定 (Vas-

¹⁰ 後續各國國內法修正允許同性婚姻或共同生活契約之問題，詳見下述「參」。

seur-Lambry, 2000: 218-219)。

另者，結婚權是否包括配偶選擇權？此亦為饒富興味之問題。學者認為，此應為結婚權所保障之範圍之一，在受到詐欺 (Vasseur-Lambry, 2000: 164)、脅迫 (Vasseur-Lambry, 2000: 162) 或因錯誤而締結婚姻，而結婚之自由意志受影響時，依各國實體法制，該婚姻係屬無效或得撤銷。而在禁婚親之限制上，首先直系血親間之禁婚親為各國法制所共有 (Vasseur-Lambry, 2000: 171)，但在旁系血親之限制，各國法制不一，例如在德國允許伯叔舅與姪女、外甥女、姑姨與姪子等婚姻，但在法國則禁止 (Vasseur-Lambry, 2000: 173)。

(二) 組成家庭權之要件與保障

關於家庭，歐洲人權公約第 12 條明訂「組織家庭」之權利，而第 8 條亦有關於「家庭生活」之保障。此等權利與保障，依歐洲人權法院在 *Marckx v. Belgium*¹¹ 一案之見解，應指國家必須提供適當之方法，以確保「相關利害關係人得以保持正常之家庭生活」。其中之可能要素有二。首先，此可能意指「有效之親子關係存在」(un lien de parenté auquel s'ajoute une relation effective)：此等親子關係之形式，非侷限於狹義因婚姻而生之親子關係，而亦包括例如祖父母與孫子女間之家庭生活；¹² 而原則上，同居事實為此一有效性判斷之基準，但並非以此為限，縱使在離婚後分居之情形，父母與子女間之家庭生活亦包含在此條之意涵內。¹³ 其次，在無親子關係之情形，亦可以僅以「有效之關係」(l'effectivité de la relation) 作為

¹¹ 31 Eur. Ct. H. R. (ser. A.) (1979), para. 31; *GACEDH*, n° 48, 亦收於 Martin et al. (1997: 695)。

¹² *Bronda c/Italie*, 9 juin 1998.

¹³ *Berrehab c/Pays-Bas*, 21 juin 1998, A. 138.

證成家庭生活保障必要之原因，例如在X, Y, Z v. UK¹⁴ 一案中，亦承認事實上之關係 (*relations de facto*) 為保障家庭生活之原因 (Vasseur-Lambry, 2000: 249)。

然而，對於此一「家庭」概念，傳統上歐洲法院則認定只限於「因婚姻關係」而成立者。需再加說明者是，此乃因為關於「家庭」此一概念之認定，在歐盟之討論係作為人員自由流通原則下「家庭團聚」(*le regroupement familial*) 之前提，而非如歐洲人權法院作為討論「組成家庭權」之基礎。由於有其目的性之限制，在討論家庭團聚權時，歐洲法院採取比較限縮之看法 (Andriantsimbazovina, 2000: 274)。而歐洲人權法院，則亦相反地明確指出，歐洲人權公約第 8 條之「組成」家庭權，不包括家庭團聚之權利。¹⁵ 因此，在歐洲人權公約下之家庭概念，與歐盟架構與歐洲法院所認定之家庭概念，實需辨明。關於其實踐，詳見下述。

二、結婚權與組成家庭權、家庭團聚權之實踐

(一) 結婚權與組成家庭權之實踐

關於結婚年齡之限制，歐洲人權法院曾在一九八六年 *Khan v. UK*¹⁶ 一案中，認為縱使原告所居住之地區與宗教，有較低的適婚年齡規定，英國實體法上之較高適婚年齡限制，並不構成對於原告結婚權之限制。此案中，英國男子與十四歲半之回教女子之婚姻，縱依回教法律女子滿十二歲就可結婚，但依英國法律，其十六歲之最低適婚年齡仍須遵守。亦即，宗教與地區因素，並不會影響歐洲

¹⁴ Req. n° 21830/93, X, Y, Z c/ Royaume Uni du 22 avril 1997, D. 1997, 582, note S. Grataloup.

¹⁵ Gül c/Suisse, arrêt de la CEDH du 19 février 1996.

¹⁶ Req. n° 11579/85, décision du 7 juillet 1986, DR 48, p. 253.

人權公約第 12 條所稱之「國家法律」之統一規定。

其次，關於「異性間」之要件，歐洲人權法院首次在一九八六年變性人案件 *Rees v. UK*¹⁷ 中，討論到第 12 條此一要件。*Rees* 原生性別為女性，後變性為男性，控訴英國法律無法給他真正現實之身分，因此侵害其結婚權。然而，判決中認為英國法律於此並無違反歐洲人權公約第 12 條之情形，因為各國有權決定對於變性人或同性婚姻之限制，而判決也強調，生物學上異性之婚姻，為建立家庭之基礎。日後，在 *C.M. & L.M. v. UK*¹⁸ 一案中，關於兩女同性戀者之結婚權爭議，歐洲人權法院重申 *Rees* 案之意旨，認為歐洲人權公約締約國有權自由決定是否限制同性婚姻，而不會違反歐洲人權公約第 12 條之規定，亦不違反同公約第 14 條禁止歧視之規定。歐洲人權法院傾向認為，關於同性戀者之生活關係，係屬該公約第 8 條所保障之私人生活領域範圍，而非第 12 條之結婚權範圍 (*Vasseur-Lambry*, 2000: 37)。

對於此等「異性」之限制，歐洲法院亦採取相同之立場。在一九九八年 *Grant* 案¹⁹ 中，歐洲法院引用歐洲人權法院之見解，認為歐洲人權公約第 12 條之婚姻係屬生理上性別不同之結合，因此同性間之生活關係，並不能與異性婚姻相比擬，因此歐體法上無從給予同性生活關係等同於異性婚姻之保障。而在一九九九年 *D. c/ Conseil*²⁰ 一案中，歐洲第一審法院 (Court of First Instance/Tribunal de première instance) 也支持前述主張，主張歐盟理事會依歐體法，

¹⁷ *Rees c/ Royaume Uni*, arrêt de la CEDH du 17 octobre 1986, Série A, n° 106.

¹⁸ Req. N° 14753/89, décision du 9 octobre 1989, inédite.

¹⁹ CJCE, Arrêt de la Cour du 17 février 1998, Lisa Jacqueline Grant contre South-West Trains Ltd., C-249/96.

²⁰ CJCE, Arrêt du Tribunal de première instance (deuxième chambre) du 28 janvier 1999, D contre Conseil de l'Union européenne, T-264/97.

無從給予同性生活關係者與異性婚姻者相同之房租津貼。在二〇〇一年 *D. et Royaume de Suède c/ Conseil*²¹ 一案中，歐洲法院亦主張婚姻係屬異性之結合，而同性間之「登記伴侶關係」(partenariat enregistré)，與婚姻仍有所不同。然而，前述歐洲人權法院與歐洲法院此一認定，是否能順應時代變遷？此將留待下述「參」討論之。

再次，結婚權之內涵，是否包括離婚權？亦即，對於離婚權之限制，是否限制了「再結婚權」？基於文義解釋 (literal interpretation/l'interprétation littérale) 之立場，歐洲人權法院認為歐洲人權公約並不包括離婚權。在 *Johnston*²² 一案中，歐洲人權法院認為離婚權在歐洲人權公約第 8 條與第 12 條中，都沒有明文規定；但是，依第 8 條個人私生活自由之確保意旨，可認為個人有分居離婚之自由，但依第 12 條，歐洲人權法院認為依文意，應該僅有「創造法律關係、獲致身分法上地位」等意涵，而無離婚權之意涵 (Vasseur-Lambry, 2000: 94; Sudre, 2006: 459)。然而，對於離婚之限制，歐洲人權法院認為不能傷害到結婚權之本質。在 *F. v. Swiss* 案²³ 中，歐洲人權法院認為瑞士法上對離婚有責之一方限制於離婚三年後方得再婚之規定，違反結婚權之本質。

此外，同居事實是否為婚姻要素之一？歐洲人權法院有不同於各國實體法制之看法。原則上，各國實體法制均認為同居為婚姻之要素之一。但歐洲人權法院卻把婚姻、生殖與同居三件事分開觀之。在 *Hamer & Draper*²⁴ 等案中，歐洲人權法院認為，結婚權之內

²¹ CJCE, Arrêt de la Cour du 31 mai 2001, D et Royaume de Suède contre Conseil de l'Union européenne, Affaires jointes C-122/99 P et C-125/99 P.

²² Req. n° 9697/82, R. Johnston et autres c/Irlande, rapport du 5 mars 1985, *AFDI* 1985, pp.430-432. 亦收於 Martin et al. (1997: 718)。

²³ F c/ Suisse, 18 décembre 1987, A. 128, para. 38.

²⁴ Hamer c/ Royaume Uni, rapport de la Commission du 13 décembre 1979, *DR* 24, p.

涵，並不包括要求永久同居之要素。但歐洲人權法院卻認為「同居事實為組成家庭權不可或缺之部分」。²⁵ 於此，歐洲人權法院係將「結婚權」與「組成家庭權」分開觀之 (Sudre, 2006: n° 231)。在 *Goodwin v. UK*²⁶ 案中，歐洲人權法院亦認為，配偶無法生育或領養，並不構成對於他方結婚權之侵害。

最後，在結婚權之限制本身，二〇〇五年歐洲人權法院在禁婚親 *B. & L. v. UK*²⁷ 一案中，亦做出相關限制是否違反歐洲人權公約第 12 條之認定。本案係關於前公公與前媳婦是否能夠結婚之爭執，依英國法，除非「雙方都年滿二十一歲，並且各該前配偶都已死亡」，雙方才可結婚。或是，亦可透過耗時又昂貴的「個別立法」，經國會審查程序例外受到允許。然而，自然事實上，父親要較自己的兒子晚死亡，是比較稀有的。本家中 B (前公公) 的兒子尚存，因此 B 無法與 L (前媳婦) 結婚。而英國自一九八六年婚姻法修正後，亦無任何此等個別立法之法案通過。判決中，歐洲人權法院認為，英國法律此一限制，對於禁婚親之限制所欲保障之目標，與例外允許之情形間，並不存在區分之合理性與禁止措施之邏輯性，因此違反歐洲人權公約第 12 條之規定。此一判決，可說是石破天驚，對於禁婚親之放寬，歐洲人權法院採取英國在一九八六年婚姻法修正時，新派人士之主張 (雖該派主張未獲修正通過)。該新派人士主張「大多數人的直覺反應都是，某人娶自己的岳母或嫁給自己的公公，不僅是不正當也是令人覺得厭惡，甚至是有罪或是危險的。但是經過研究、討論所累積的資料之後，我們逐漸發現該項禁止僅僅

5; *Draper c/Royaume Uni*, rapport de la Commission du 10 juillet 1980, DR 24, p. 73.

²⁵ *Abdulaziz, Cabales et Balkandali c/ Royaume Uni*, 28 mai 1985, A. 94, para.62.

²⁶ Req. n° 28957/95, décision du 11 juillet 2002; *GACEDH*, n° 42.

²⁷ Req. n° 36536/02, décision du 13 septembre 2005.

是基於傳統，而在今日並無任何邏輯的、合理的或是實踐的觀點，足以認為該項禁止是合理的」。²⁸ 法院基於「此一禁婚親之限制，並無法避免（事實上）身分關係變動之發生」，²⁹ 因此認為此一限制無正當性。

（二）家庭團聚權之實踐

在家庭團聚權之實踐上，歐洲法院也有許多詮釋，足為家庭此一概念在歐盟法上變遷之實證參考。需要先澄清者是，歐盟法上所謂之家庭團聚權，係屬人員自由流通原則之具體實踐之一。因此，不僅歐體條約本身有規定相關移民與居住政策，歷來也有許多規則或指令規範相關事宜。從發展過程上看，雖然歐洲人權法院並不認為歐洲人權公約第 8 條家庭生活之保障包括家庭團聚權，但歐洲法院早在一九七六年 *Royer*³⁰ 案中，就承認歐體條約（現行第 63 條第 3 項關於各國移民與居住政策）本身賦與了歐盟成員國國民「自由進入他國領土與居住其內」，進而與其配偶或家庭成員團聚之權利。而例如歐體 68/360 號關於歐盟成員國工作者遷徙與居住限制移除指令、73/148 號關於服務提供者遷徙與居住限制移除指令、90/364 號關於居留權指令、90/365 號關於再度就業工作者居留權指令、1612/68 號關於工作者在歐盟境內自由移動指令等等，皆有相關於家庭團聚權之規定。

新近歐盟 2004/38 號關於歐盟公民與其家庭成員自由移動與居留指令，³¹ 首度以歐盟公民資格 (European citizenship/Citoyenneté

²⁸ Req. n° 36536/02, décision du 13 septembre 2005, para. 17.

²⁹ *Ibid.*, para. 38.

³⁰ CJCE, Arrêt de la Cour du 8 avril 1976, Jean Noël Royer, Affaire 48-75.

³¹ Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et

européenne) 為規範出發點，對於前述相關判例與立法做出綜整 (Soriano, 2006: 923-953)。對於家庭之各成員定義，此一新近立法，順應時代變遷，做出許多新的明確規定，包括配偶 (le conjoint)、登記伴侶關係 (partenariat enregistré)、廿一歲以下之子女或受扶養之子女 (包括配偶與共同伴侶之子女)，以及受扶養之父母 (包括配偶與共同伴侶之父母)。可惜的是，其中關於「配偶」與「登記伴侶關係」相關概念詮釋，本指令並無進一步定義，必須依照相關歐洲人權法院關於變性人與同性戀者結婚權與組成家庭權之詮釋，詳見下述。

參、歐盟結婚權與組成家庭權之其他保障途徑與國際私法相關問題

關於結婚權與組成家庭權之意涵已如上述。但隨著時代演進，尤其是變性人手術之可能與同性戀人權之興起 (Hull, 2006)，³² 關於歐洲人權公約第 12 條之詮釋，是否需與時俱進？一直是學者間爭論不休之問題。早期歐洲人權法院在 *Rees* 案中，認定各國在歐洲人權公約第 12 條授權下，有權自行決定是否允許同性婚姻。因此縱使一國對於同性婚姻採取禁止之態度，亦不違反歐洲人權公約第 12 條。

目前在歐洲，有丹麥於一九八九年承認同性盟約 (unions de partenaires)，挪威於一九九三年亦承認同性共同伴侶關係 (partenariat)，瑞典於一九九五年承認同性同居 (concubinage)，荷蘭

de séjourner librement sur le territoire des États membres, modifiant le règlement (CEE) n° 1612/68 et abrogeant les directives 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE et 93/96/CEE.

³² 關於同性戀者之親權問題，參見 Cadoret (2002)。

於一九九八年立法承認同性同居制度，二〇〇〇年承認同性婚姻，法國於一九九九年承認共同生活契約 (Pacte civile de solidarité; 簡稱PACS)，德國於二〇〇一年訂立同性伴侶法，比利時於二〇〇三年更頒布「同性婚姻法」(Fulchiron, 2006: 410; Vasseur-Lambry, 2000: 43-45; 許耀明, 2006: 96-101)，³³ 西班牙也於二〇〇五年承認同性婚姻。在非前述國家，變性人與同性戀者，唯一可尋求「實質意義」上之結婚權與家庭權保障者，唯有歐洲人權公約第 8 條「家庭生活」之追求，與該公約第 14 條「禁止歧視」原則之適用。

一、結婚權與組成家庭權之其他保障途徑

歐洲人權公約第 8 條第 1 項規定：「人人均有權使其私人及家庭生活，其家庭及通訊受到尊重。」同公約第 14 條規定：「本公約所規定之權利及自由之享有，應確保不因性別、種族、膚色、語言、宗教、政治或其他意見、民族或社會出身，與國內少數民族之密切關係、財產、出生或其他身分，而受到歧視」。此等規定，亦構成「實質意義」之結婚權與家庭權之保障。

(一) 變性人與同性婚姻之相關結婚權與組成家庭權保障問題

對於變性人之相關個人身分與結婚權與家庭權保障，隨著時代之演進與社會之變遷，法制上有不同之設計。對於變性人之性別變更身分登記，從早期之禁止，到二〇〇〇年左右，大部分之歐洲國家均已准許此等變更登記 (Vasseur-Lambry, 2000: 49)。然而，對於其他權利之保障，則程度上有所不同。例如，在變性人之結婚權保障上，必須區分結婚後變性，或是變性後結婚兩種情形分別觀之。

³³ 前述法制，稱盟約或同居者，效力不等同於婚姻，但德國同性伴侶法，已接近於婚姻，比利時同性婚姻法，除自然血親之部分外，幾乎完全等同婚姻。

首先，在變性人變性前因各種因素，亦與他人結婚，嗣後變性之情形，此時應該如何處理？堅守法律上「男女」結婚之規定而使得該婚姻解消？或為維持家庭安定而繼續維持該婚姻？學說上有無效說、失效說、離婚說與自動解消說 (Vasseur-Lambry, 2000: 60)。無效說又分絕對無效說與相對無效說，前者顯不可採，因為當初結婚時，為不同性別之人結婚無疑；相對無效說則認為可從結婚意志之欠缺認定該婚姻自始無效。而失效說則認為，此係婚後獨立發生之事由，而使得該婚姻之效力有欠缺，因此向後失其效力。離婚說則由當事人自行提出，或由法院依法定事由裁判認定。自動解消說則認為，基於婚姻存在於異性間此一要件維持之必要，自變性之當時起，該婚姻自動解消。以上諸說，均為學理上之探討，實際上之處理，目前並無一致之規定。筆者認為，需先區分變性人與其配偶對於該婚姻繼續維持與否之意見是否不同，而有不同之處理。如雙方當事人均有繼續維持婚姻之意願，則採取強使該婚姻無效、向後失效或婚姻自動解消之看法，無非剝奪其結婚權與組成家庭權，而有違反歐洲人權公約第 12 條之可能。而如一造不欲維持婚姻，而他方欲維持婚姻，此時採取離婚說，可能比較能妥善均衡雙方當事人之權益。

其次，在變性後欲結婚之情形，基於天主教之想法與婚姻生殖功能之考量，例如西班牙就有禁止變性人結婚之規定。此一規定，對於變性人之結婚權為實質限制，依歐洲人權公約第 12 條，是否屬於本質性的限制結婚權？在 *Van Oosterwijk*³⁴ 案中，變性為女性之人，心理上與社會上無法與男性結婚，然而法律身分上又無從與女性結婚，其等於完全被剝奪結婚權。歐洲人權法院認為此等限制，等於完全剝奪其結婚權，而違反歐洲人權公約第 12 條之規定。

³⁴ Req. n° 7654/76, décision du 1 mars 1979, DR 11, p. 194.

此外在*Cossey*³⁵案中，英國對於變性人結婚之限制，亦被認為為違反前述公約第 12 條之規定。值得注意的是，在二〇〇二年之*Goodwin*一案中，歐洲人權法院針對歐洲人權公約第 12 條結婚權之詮釋上，認為「男女」之解釋，不能僅限於原始生物學意義上之認定，³⁶而需考量公約制訂以來社會之變遷。因此，對於變性人之結婚權保障部分，可以直接以歐洲人權公約第 12 條保障之。然而，在親子關係上，在一九九七年*X, Y, Z v. UK*案中，歐洲人權法院卻認為依第 8 條家庭生活之保障觀點，由於目前在歐洲並沒有共同的立法顯示可賦予變性人親權之規定，因此，第 8 條並未課予國家立法義務，不能要求國家必須承認變性後之非生物學上之父為法律上之父。前述二〇〇二年*Goodwin*案中之解釋，可能將影響日後類似*X, Y, Z v. UK*案之詮釋。因為既然變性人之部分有第 12 條之結婚權保障，則就實體身分法制而言，既已結婚，則為法律上之父當無另受限制之問題 (Sudre, 2006: 464)。而在歐盟架構下，歐洲法院亦於二〇〇四年*KB*³⁷一案中，承繼歐洲人權法院*Goodwin*案之主張，認為變性人亦得作為受領退休金之「配偶」。由於歐盟成員國必須貫徹歐洲法院之判決意旨，否則可能依歐體條約第 228 條被提起欠缺作為之訴 (*manque à ses obligations*) 之虞。因此歐洲法院此一判決之重要性在於，間接賦予了歐洲人權法院本無強制力之判決，在歐盟境內之強制力。

在同性婚姻部分，問題變的更為複雜，雖歐洲各國有各種不同實體法制，承認同性伴侶或同居關係之存在，但唯一直接承認同性

³⁵ *Cossey c/Royaume-Uni*, arrêt de la CEDH du 27 septembre 1990, Série A, n° 184.

³⁶ Req. n° 28957/95, décision du 11 juillet 2002, para. 100.

³⁷ CJCE, Arrêt de la Cour du 7 janvier 2004, K.B. contre National Health Service Pensions Agency et Secretary of State for Health, Affaire C-117/01.

婚姻者，目前僅荷蘭、比利時與西班牙三國。相關於同性戀結婚權之歐洲人權法院判決，從一九八六年*Rees*案開始，歐洲人權法院均認為各國有權決定是否承認同性婚姻，而無違反歐洲人權公約第 12 條結婚權保障之問題。因此，在同性伴侶或同居關係中，同居人或伴侶得享有之權利，如與婚姻不同，歐洲人權法院均認為各國有其裁量立法權。歐洲人權法院在*Mara Estevez v. Spain*³⁸ 一案中，認為由於各國目前並無一致之實體法制，因此認為對於同性伴侶關係因伴侶一方之死亡所得領取之退休金 (pension) 加以限制，係維持婚姻制度所必要，因此無違反歐洲人權公約第 12 條之問題。

如從歐洲人權公約第 8 條家庭生活之維持保護角度出發，對於同性戀者之權益，亦有相當之限制。對於家庭生活之基礎，傳統的異性「配偶」觀念依舊是判斷之中心，因此對於同性者伴侶關係或是同居關係，歐洲人權法院係從「私生活」保障之觀點，而非「家庭生活」保障之觀點而為考量。亦即，同性伴侶關係為個人性自主之私生活領域保障，但並非家庭生活之保障 (Vasseur-Lambry, 2000: 252)。

對於此一問題，在歐盟架構下，歐洲法院曾於 *D. et Royaume de Suède contre Conseil de l'Europe* 一案中，曾表示過意見。其認為，就歐盟各成員國之共同意見來看，「婚姻」一詞，依舊指的是異性間之婚姻。然而，在本文前言處所提及的「歐洲聯盟基本權利憲章」第 9 條中，並未限制「異性」為結婚之要件，而可能有解釋之空間。也許我們可以解釋成當初憲章之草擬者，欲將此一問題，留待各國自行立法解決。而前述歐盟 2004/38 號關於歐盟公民與其家庭成員自由移動與居留指令立法討論過程中，歐洲議會也一度建議將「配偶」概念，加註不區分同性婚姻或異性婚姻之定義。然而歐盟執委

³⁸ Req. n° 56501/00, décision du 10 mai 2001.

會最後還是認為，在各國立法不一之情形下，此一概念，不宜清楚定義。有學者指出，其實在此一相關於人員自由移動與家庭團聚權之指令中，將同性婚姻納入，並無不合現行歐盟法制之處 (Soriano, 2006: 938)。其一，因為其並非實質變更各國相關於婚姻之實體法制，而僅為「為規範人員自由移動」所定義之配偶概念；其二，如果不承認同性婚姻之配偶為此一指令之「配偶」，豈非與現行荷蘭、比利時與西班牙實體法制抵觸？其三，如不納入同性婚姻之概念，將違反歐體條約第 13 條第 1 項禁止基於性別或性傾向為差別待遇原則。然而本文以為，如果允許加入同性婚姻此一概念，則將抵觸其他不承認同性婚姻之國家之實體法制，此實為進退兩難；而歐體條約第 13 條第 1 項，其實亦需要歐盟理事會以一致決議決相關立法，以為實踐之依據，而非絕對性之基本原則。因此，前述 2004/38 號指令對於「配偶」之概念，留待日後之具體實踐來詮釋，為不得已之權宜之計。

同性者結婚權之問題，究竟要如何解決，還有待後續歐洲人權法院或歐洲法院之新判決出現。本文認為，既然在變性人之例子中，歐洲人權法院已經承認其有歐洲人權公約第 12 條之結婚權，而同性婚姻在國際私法上之適用又可能有下述疑義，何不直接在歐洲人權公約層次上承認同性婚姻？當然，此牽涉到公約之修改，因為就目前第 12 條文字而言，明文有「男女」字樣存在。

(二) 同性伴侶適用第 12 條結婚權之保護可能？

如同前述 *Goodwin* 一案，在變性人之情形，結婚權之直接保障，透過歐洲人權公約第 12 條，已經受到歐洲人權法院之承認。然而在同性戀之情形？歐洲人權公約第 14 條禁止歧視原則，可能可以在此扮演橋樑的角色。然而，關鍵之處依舊在於，此等社會通

念之轉變，是否已經足夠成熟到使得歐洲人權法院得直接承認同性戀者有前述公約第 12 條之結婚權與組成家庭權，或是同公約第 8 條之家庭生活保障？此等轉變，也許還要等待適當之時機成熟。

在歐盟架構下，歐洲法院曾於 *Grant* 案之判決理由 (*obiter dictum*) 中，討論以不歧視原則作為間接保障同性婚姻之可能性。尤其是，歐體條約第 13 條明訂歐盟理事會得以一致決議決相關於禁止一切基於性別、種族、宗教或信仰、肢體障礙、年齡或性傾向之差別待遇。然而，此一「一致決」之需求，在歐體事實上立法過程中，構成相當之阻礙。因此，此一轉變，亦需等待時機成熟。

二、結婚權與組成家庭權之保障與國際私法相關問題

前述結婚權與組成家庭權之保護問題，在歐盟法層次，可能有另外的思考，尤其是在歐盟國際私法之層次上。歐體條約第 39 條到第 42 條，設有關於工作人員自由流通、自由流通設施之建立、青年勞動力之交流與人員自由流通於社會安全領域之保障等規定，由於此一規定，依前述同性伴侶關係與同居關係，甚至同性婚姻之各國實體法制所成立之一定身分關係，在他國將受到何種程度之承認？此不但攸關個人身分在自由流通後之確定，亦關係到相關社會安全領域歐體立法之適用問題。欲處理此等問題，首先必須考量國際私法法制上納入基本人權保障思考之可能性，其次再處理此等特殊身分法制可能引發之國際私法問題。

(一) 國際私法與基本人權保障之關係³⁹

在國際私法層面之思考上，一九七一年德國聯邦憲法法院

³⁹ 本段摘要自許耀明 (2005: 147-162)。

(*Bundesverfassungsgesicht*) 首次於西班牙婦女⁴⁰一案中，處理國際私法選法規則與基本權利規範相衝突之問題。此案涉及到德國國際私法選法規則與憲政秩序衝突之問題，德國聯邦憲法法院最後認定該案中選法條文之適用結果，違反德國配偶平等之憲政原則，應不予適用。於本案中，德國聯邦憲法法院基於基本法第 6 條第 1 項「國家特別保障婚姻與家庭」之規定，認為婚姻自由之保障，對外國人亦應一律適用。其從抽象規範審查之角度出發，指出德國民法施行法 (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche*) 第 13 條第 1 項之規定「婚姻之要件，適用雙方當事人之本國法」雖並不違背基本法第 6 條第 1 項保障婚姻自由之意旨，然而於本案中，從具體規範審查意旨出發，認為本案當事人西班牙女性，業已於德國得到離婚判決，縱使該判決不受西班牙法院承認，亦不影響其欲與德國人於德國再婚的結婚能力。從而認為，本案適用前述選法條文之結果，違背德國基本法第 6 條第 1 項，該選法條文應不予適用。具體上在國際私法上不予適用之方式，則以公序條款 (*l'ordre public*) 為理由而排除其適用。又如，在法國巴黎高等法院一九九四年的變性人案⁴¹中，阿根廷籍出生於阿根廷之當事人，依阿根廷法為男性。當事人接受過變性手術之後，希望身分證明之性別能與其實際表徵性別相符。當事人於一九八八年於 Bobigny 地方法院請求更正其出生證明之性別記載。依傳統選法，此當依當事人之本國法，即阿根廷法，惟阿根廷法不承認變性手術之性別變更可能，而地方法院亦認為，此一適用阿根廷法之結果，並不牴觸法國對於國際公序觀之認定。然而，巴黎上訴法院卻認為，基於歐洲人權法院曾對歐洲人權公約第 8 條做出變性自由之詮釋，此一詮釋應直接適用於法國法，因此此

⁴⁰ 4 mai 1971, BVerfGE 31, 58.

⁴¹ CA Paris, 14 juin 1994, RCDIP 1995, p. 308, note Y. LEQUETTE.

一人權保障所構成之公序觀「應一體適用於法國國民及合法居留於法國境內之人民」，而「不應因為屬人法之準據法適用不同而有所區別」。易言之，公序觀念於此不僅僅是一種選法程序最後的把關者，而是決定國際私法上連繫因素的要件之一。基於歐洲人權公約之基本權保障，於此之運用方式類同於即刻適用法 (*loi d'application immédiate*)，⁴² 或是內國強行法規 (*mandatory rules*) (Fauvarque-Cosson, 2000: 810)。

綜上，可以得見在國際私法之選法理論當中，基本人權之保障考量亦屬相當重要。因此，以下討論同性戀者之各種同性婚姻、同居契約、伴侶關係等等，在國際私法上可能引發之結婚權與組成家庭權保障之問題。

(二) 同性婚姻與同性同居契約、伴侶關係之國際私法效力對歐盟人權法之可能影響

由於各國實體法制對於同性戀者得組成何種法律關係，規定不一。因此例如兩比利時男性A與B在比利時為同性婚姻登記，後A旅行到法國，又與另一女子C結婚，此時，AC之婚姻效力如何？此時不論對於A、B或C之結婚權與組成家庭權保障考量，都需要思考到國際私法的問題。雖然在法國實務上尚未出現此類判決，法國二〇〇五年部長回應書中已針對此一問題提出建議方案 (Fongaro, 2006: 477-510)。在該方案中，提出兩點建議：第一，依比利時法或荷蘭法所建立之同性婚姻關係，在法國境內應視為是人之身分問題而依其本國法 (*lex patriae*) 認定；第二，關於同性婚姻引發之夫

⁴² 即刻適用法係國際私法選法理論上，不透過傳統選法模式，而在涉外事件直接適用內國實體法規定之主張。參見Francescakis (1966: 1-18); 吳光平 (2004: 147-196); 柯澤東 (2006: 141-184)。

妻財產制、離婚、繼承等法律關係，依傳統國際私法連繫因素論解決。首先，以本國法為準據法之建議，其實來自於法國國際私法上對於「婚姻」之準據法認定，撇開在定性上該等同性婚姻究竟該定性為「婚姻」或「共同生活關係」之爭議 (Fongaro, 2006: 482)，在婚姻之成立要件上，另有婚姻形式要件之成立地法必須適用 (Fongaro, 2006: 483)，因此此非單一準據法可以解決之問題。其次，如當事人之國籍不同，此時應該如何適用其本國法為婚姻之實質要件準據法？分別適用？累積適用？選擇適用？不論採取哪一說，皆滋生許多爭議或可能有「跛行婚」(mariages boiteux; limping marriage)⁴³ 之認定情形出現。

因此，法國國際私法學說上，對於此等登記之共同婚姻、共同伴侶關係或同居契約，基於以本國法為準據法之適用疑義，提出以關係登記地法 (la loi de l'institution) 為準據法之主張 (Fulchiron, 2006: 419)。此一方面可以滿足當事人間之可預見性，二方面此一準據法保障了該等身分關係在他國流通時之既得權尊重。當然，他國可能以公序為由排除該身分關係之認定，此為學者間擔心與批評之處，因為此一公序條款之使用，將使得前述各國實體法制之創新與開放變成枉然。但另一方面，由於歐盟人員自由流通之可能，因此也有學者擔心，登記地法之準據法選擇方式，將使得某一不承認此等法制國家所欲保障之強行公序良俗無法貫徹，因為其國民可能到其他國家去登記，而有選法詐欺 (la fraude à la loi) 之可能。例如荷蘭法規定，如當事人之一方為荷蘭國民或在荷蘭長久居留，即可在荷蘭為同性之婚姻登記。此時在為承認該等同性婚姻法制之國家，應如何認定該等身分關係？法國學者主張，如兩同性法國人在

⁴³ 所謂跛行婚，係指依一國之法律，該婚姻關係係屬有效，但依他國法律，該婚姻係屬無效或得撤銷之情形。參見Cornu (2002: 551); 劉鐵錚、陳榮傳 (2008: 376)。

比利時、在荷蘭、在西班牙結婚，該等身分關係，在法國必須被「重新定性」(requalification) 為「共同生活關係」(partenariat) (Fulchiron, 2006: 426)；然而在定性之後，依法國學說上之國際私法選法規則，共同生活關係，依登記地法，因此又回到該等登記地之實體法制為該法律關係之認定，亦即，承認同性婚姻。此豈不矛盾？此時似乎僅能以公序條款排除該登記地國法之適用 (Fulchiron, 2006: 432)。然而此一作法，豈非侵害了該等登記同性婚姻之人之結婚權？而有違反前述歐洲人權公約第 12 條結婚權之疑義？

理論上言之，前述同性婚姻在歐盟各成員國間之國際私法問題，可以有三種解決方式 (Soriano, 2006: 941)。其一，透過歐盟統一國際私法之成文立法解決，然而此一方式依據歐體條約第 67 條第 5 項，需要成員國一致決通過，難度頗高；其二，透過對於歐洲法院先前對於商品自由流通詮釋之 *Cassis de Dijon*⁴⁴ 判決，類推適用到婚姻效力的自由流通，然此於法理上恐有未合之處；最後，只能期待歐洲人權法院或歐洲法院新判決之出現，明確承認同性者之結婚權，然而此仍有待未來發展。

實際上，比利時二〇〇四年國際私法新法典，針對前述問題，提出了國際私法上的明文解決方案 (許耀明，2006: 106)。該法第 60 條規定關於共同生活關係 (以此統稱各項同性婚姻或同性或異性之間之同居契約或伴侶關係) 的準據法選擇。該條第 1 項規定，共同生活關係，依其第一次成立登記國法。第 2 項規定，前述法律決定共同生活關係之成立要件與效力、共同財產關係以及共同生活關係終止之原因與要件。此等規定，可說是前述法國學說之明文化。

國際私法之選法前提，原本就在於尊重當事人間私法關係的既得權，不管是財產，或是身分關係。本比利時法典所稱的共同生活

⁴⁴ CJCE, 20 février 1979, aff. 120/78, Cassis de Dijon.

關係，為「類似」婚姻關係的一種身分關係與財產關係。此等以類似婚姻之處理方式，足資解決前述婚姻效力之疑義問題，而也維持了目前在歐洲人權公約架構下，對於結婚權與組成家庭權之保障，依舊由各國實體法制自行決定之原則。然而，在歐洲人權法院尚無從做出決定性的保障同性戀者結婚權之判決，或修改歐洲人權公約之前，因為歐盟人員自由流通之結果，此等實體法制與國際私法上皆承認之同性婚姻，卻可能因法院地國以「公序條款」為由，排除承認當事人的既得權利。此無疑將造成國際間判決不一致之現象，並罔顧當事人間既定的法律關係，而亦違反歐洲人權公約本身保障結婚權之意旨。

實則，前述歐洲人權法院判決中，認定各國得自行限制結婚權之作法，已因歐盟人員之自由流通，產生適用上之疑義。亦即，依歐洲人權法院判決，法國可以禁止同性結婚，荷蘭可以同意同性結婚，但法國人到荷蘭去結婚？此時如適用傳統國際私法之選法理論，適用當事人本國法，則法國人在荷蘭之結婚，亦受法國法拘束，因此前述歐洲人權法院之判決，得以適用無疑義；但是，目前就該等特殊身分法制，法國學理上已採登記國法之想法，因此兩位同性法國人，到荷蘭去為同性結婚登記，需適用荷蘭法，但是回到法國，該等婚姻，又變成共同生活關係而非婚姻，因為適用荷蘭法將牴觸法國公序？因此此時，前述歐洲人權法院判決之各國立法裁量意旨，已經無法維持，因為此時為法國法與荷蘭法之衝突，而原因是歐盟人員可以自由移動。試問在此時，歐洲人權法院堅持該等結婚權之限制仍歸屬各國，意義何在？

肆、結論

綜上，歐洲人權法院在關於歐洲人權公約第 12 條結婚權與組

成家庭權之闡釋上，早期對於「適婚年齡」與「男女間」之要件，做出諸多闡釋，而有助於該條文之適用，而對於同居事實是否為婚姻之要件、結婚權是否包括離婚權，以及禁婚親之限制等等，也做出許多判決說明。然而，關於變性人與同性戀者之結婚權保障，隨著時代變遷，歐洲人權法院則有不同之看法。在變性人部分，原本歐洲人權法院在一九八六年 *Rees* 案中，認為此屬各國立法裁量部分，限制變性人結婚，並不違反歐洲人權公約第 12 條，但在二〇〇二年 *Goodwin* 案中，則認為生物學意義之男女，並非該條所考慮之唯一因素，而肯認變性人結婚權部分有透過該條保障之可能。然而，在同性戀部分，由於該條文字明文之「男女」規定，迄今仍無法透過歐洲人權公約第 12 條保障其結婚權與組成家庭權。甚者，歐洲人權公約第 8 條之「家庭生活」保障，也因家庭係由異性組成，因此同性戀者不能尋求該家庭生活之保障，只能以「私人生活」之自由適用第 8 條。此一限制，是否可能違反歐洲人權公約第 14 條之禁止歧視原則？也許日後之公約修正或新的判決出現，將足以澄清此一問題。

事實上，同性婚姻制度，或其他同性共同生活關係，在歐洲部分國家已經有實體法制規定，也因此，由於歐盟人員自由流通原則，將可能產生在某國承認之同性婚姻，在他國效力為何之國際私法問題。不管以當事人本國法或關係登記地國法為準據法，由於國際私法上公序條款之作用，將可能造成在某國承認之同性婚姻，在他國卻不受承認之窘境。而歐洲人權法院針對歐洲人權公約第 12 條一再強調的由各國自行立法裁量的意旨，也因為歐盟人員自由流通，可能無法貫徹其意旨。未來此等國際私法問題如何在兼顧結婚權之保障下解決？仍待觀察。

目前在我國身分法制上，關於變性人部分，人之性別在民法上並無認定或變更之規範，而變性人之身分變更登記，係依戶籍法 23 條「戶籍登記事項有變更時，應為變更之登記」與內政部諸函示⁴⁵為之，因此變登出生別之性別登記並無問題，而在性別變更後與異性結婚，亦無問題。但於同性戀部分，或是變性人在性別變更後，仍欲與變更後之性別相同之人結婚，由於我國民法第 972 條規定「婚約，應由男女當事人自行訂定」，因此並無結婚之可能。而九十六年五月二十三日修正親屬篇，新的民法第 982 條係規定「結婚應以書面為之，有二人以上證人之簽名，並應由雙方當事人向戶政機關為結婚之登記。」縱此新法以「雙方」當事人為法條文字，但對照婚約部分，可看出我國目前對於婚姻，依舊採取「異性間」為要件。因此，同性戀之結婚，在現行法制上，並無可能。而我國現行親屬法制上，亦無同性登記之共同生活關係之規定。因此，對於同性戀者之結婚權與組成家庭權之保障，在我國現行法上可說是付之闕如。

雖同性戀人權團體一再提出修法要求，但也許是因為社會民情不同，此等修法建議，在過去一直沒有受到正視，唯新近亦仍有「同居伴侶法」立法之建議出現。⁴⁶有所謂「法與時俱進」，在社會快速變遷、思想觀念不斷改變之際，從我國憲法第 7 條平等權保障與第 22 條其他權利之保障（應當包括結婚與組成家庭權）觀之，同性戀者之權益，在無妨礙他人自由與無干擾社會秩序，且禁止同性戀結婚理應無公共利益之增進情形下，應當受到平等的保護。而如先前總統府人權諮詢小組所提出之「人權基本法」草案，⁴⁷第 3 條規定「人人應享有

⁴⁵ 例如：內政部 89.12.28 台 (89) 內中戶字第 8971594 號函：本案持憑證明書既證明申請人「變更為女性」，可准其為變更登記，其記事例「民國X年X月X日變更性別原出生別X男變更為X女民國X年X月X日申登」。

⁴⁶ 例如參見婦女新知基金會 (2008)。

⁴⁷ 人權基本法草案由總統府人權諮詢小組第三年度第六次全體委員會議於二〇〇三

之自由及權利，不因出生、性別、性傾向、族群、膚色、基因特徵、容貌、語言、宗教、政治、財富、職業或其他身分，而有所歧視。」此揭露不因性別而歧視之平等對待；第 18 條規定「個人之私人生活、家庭、住居及通訊應予尊重，不得任意或非法侵犯。」此亦有私人生活與家庭生活保障之意（雖其係值基於隱私權）；此外，該草案第 26 條第 1 項規定「人民有依其自由意志結婚與組織家庭之權利。」明確保障了結婚權，而同條第 2 項更直接規定「同性男女所組織之家庭得依法收養子女。」因此，該條第 1 項之結婚權與組成家庭權，當包括同性婚姻。此等草案，彰顯了對於同性戀者結婚權與組成家庭權之保障，謹願其成爲正式立法之一天，能夠早日到來。

參考文獻

- 人權基本法草案 (2003 年 7 月 17 日)。2008 年 9 月 20 日截取自 http://www.president.gov.tw/2_special/right/draft1.html (*The draft of fundamental human rights act* [July 17, 2003]. Retrieved September 20, 2008.)
- 丘宏達、陳純一 (編) (2002)。《現代國際法參考文件》。台北：三民。(Chiu, H. D., & Chen, C. I. [2002]. *The documents of modern international law*. Taipei: Sanmin.)
- 吳光平 (2004)。〈重新檢視即刻適用法——源起、發展，以及從實體法到方法的轉變歷程〉，《玄奘法律學報》，2: 147-196。(Wu, K. P. [2004]. Re-examination the immediately applicable law—Origin, development and change from substantial law to methods, *Hsuan-Tzan Law Review*, 2: 147-196.)
- 柯澤東 (2006)。〈從國際私法方法論討論契約準據法發展新趨勢——並略評兩岸現行法〉，柯澤東，《國際私法新境界——國際私法專論》，頁 141-184。台北：元照。(Ko, T. D. [2006]. The discussion from the methodology of private international law to the new trends of applicable law—And a brief discussion of the cross-strait actual regulations. In Ko, T. D., *The new world of private international law—Essays of private international law* [pp.141-184]. Taipei: Angle.)
- 洪德欽 (2007)。〈歐盟憲法之法理分析〉，《歐美研究》，37, 2: 255-321。(Horng, D. C. [2007]. The jurisprudence of the EU Constitution. *EurAmerica*, 37, 2: 255-321.)
- 陳隆志、黃昭元、李明峻、廖福特 (編) (2006)。《國際人權法文獻選集與解說》。台北：前衛。(Chen, L. J., Huang, J. Y., Lee, M. J., & Liao, F. T. *The selections and explanations of documents in international human rights law*. Taipei: Chien-Wei.)
- 許耀明 (2005)。〈國際私法上的基本權保護問題：從德法相關判例談起〉，《法學叢刊》，50, 2: 147-162。(Hsu, Y. M. [2005]. The protection of fundamental rights in private international law: A perspective from French and German jurisprudences, *Law Journal*, 50, 2: 147-162.)
- 許耀明 (2006)。〈家的解構與重構：從法國、德國、比利時與歐盟層

- 次新近法制談「異性婚姻」外之其他共同生活關係》，《東海法學研究》，25: 75-120。(Hsu, Y. M. [2006]. The destruction and reconstruction of family: Legal studies about the partnership relation beyond traditional marriage from the French, German, Belgium and EC perspectives. *Tunghai University Law Review*, 25: 75-120.)
- 婦女新知基金會 (2008)。「親密想像、多元未來——同居伴侶法修法方向」婦團平台會議。2008年9月20日截取自 <http://www.ws0.taiwane.com/awakening> (Awakening Foundations, Women Groups Communication Platform, the imagination of pluralistic future—The orientations for draft of the act of cohabitation. Retrieved September 20, 2008.)
- 廖福特 (2003)。「歐洲人權法」。台北：學林。(Liao, F. T. [2003]. *European human rights law*. Taipei: Sharing.)
- 劉鐵錚、陳榮傳 (2008)。「國際私法論」。台北：三民。(Liu, T. C. & Chen, R. C. [2008]. *Private international law*. Taipei: Sanmin.)
- 顏厥安、林鈺雄 (編) (2007)。「人權之跨國性司法實踐——歐洲人權裁判研究 (一)」。台北：元照。(Yen, J. A., & Lin, Y. S. [2007]. *Transnational judicial practices of human rights—The case studies of ECHR (I)*. Taipei: Angles.)
- 蘇宏達 (2007)。「論歐洲憲法的優越性」，《歐美研究》，37, 2: 323-389。(Su, H. D. [2007]. The supremacy of European constitution. *EurAmerica*, 37, 2: 323-389.)
- Andriantsimbazovina, J. (2000). Le droit au respect de la vie privée et familiale. In F. Sudre & H. Labayle (Eds.), *Réalité et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux* (pp. 253-293). Bruxelles, Belgium: Bruylant.
- Berramdane, A. (2006). La cour européenne des droits de l'homme, juge du droit de l'Union européenne. *Revue du Droit de L'Union Européenne*, 2: 243-272.
- Bodnar, A., Kowalski, M., Raible, K., & Schorkopf, F. (Eds.). (2003). *The emerging constitutional law for the European Union*. Berlin: Springer.
- Bourrinet, J., & Nazet-Allouche, D. (Eds.) (2002). *Union européenne et protection sociale*. Aix-en-Pce, France: CERIC et la docu-

- mentation française.
- Cadoret, A. (2002). *Des parents comme les autres: Homosexualité et parenté*. Paris: Odile Jacob.
- Ciampi, A. (2006). L'union européenne et le respect des droits de l'homme dans la mise en œuvre des sanctions devant la Cour européenne des droits de l'homme. *Revue générale de droit international public*, 110: 85-116.
- Cornu, G. (2002). «Mariage». In *Vocabulaire juridique* (p. 551). Paris: PUF.
- Corréard, V. (2006). Constitution européenne et protection des droits fondamentaux: vers une complexité annoncée? *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, 67: 501-529.
- Daniele, L. (2006). La protection des droits fondamentaux peut-elle limiter la primauté du droit communautaire et l'obligation de renvoi préjudiciel? *Cahiers de droit européen*, 1-2: 67-81.
- de Búrca, G. (2006). After the referenda. *European Law Journal*, 12, 1: 6-8.
- de Schutter, O. (2004). Les droits fondamentaux dans L'union européenne: une typologie de l'acquis. In E. Bribosia (Ed.), *Classer les droits de l'homme* (pp. 315-349). Bruxelles, Belgium: Bruylant.
- de Smet, F. (2001). *Les droits de l'homme: Origines et aléas d'une idéologie moderne*. Paris: Les éditions du CERF.
- Dehousse, R. (Ed.) (2002). *Une constitution pour l'Europe?* Paris: Presses de Science Po.
- Donnelly, J. (1989). *Universal human rights in theory and practice*. Ithaca, NY & London: Cornell University Press.
- Eriksen, E. O., Fossum, J. E., & Menéndez, A. J. (Eds.) (2004). *Developing a Constitution for Europe*. London & New York: Routledge.
- Fauvarque-Cosson, B. (2000). Droit comparé et droit international privé: La confrontation de deux logiques à travers l'exemple des droits fondamentaux. *Revue internationale de droit comparé*, 4: 797-818.
- Flausse, J.-F. (2006). L'histoire dans la jurisprudence de la Cour eu-

- ropéenne des droits de l'homme. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 65: 5-22.
- Fongaro, E. (2006). Le mariage homosexuel à l'épreuve du droit international privé—À propos de la réponse ministérielle du 26 juillet 2005. *Journal du droit international*, 2: 477-510.
- Francescakis, Ph. (1966). Quelques précisions sur les «lois d'application immédiate» et leurs rapports avec les règles de conflits de lois. *Revue critique de droit international privé*, 1966: 1-18.
- Fulchiron, H. (2006). Mariage et partenariats homosexuels en droit international privé français. *Revue internationale de droit comparé*, 2006-2: 419-438.
- Hull, K. E. (2006). *Same-sex marriage: The cultural politics of love and law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Ishay, M. R. (2004). *The history of human rights—From ancient times to the globalization era*. Berkeley, CA: University of California Press.
- Lenaerts, K. (2005). *Constitutional law of the European Union* (2nd ed.). London: Thomson.
- Loussouarn, Y., Jacqué, J. P., & Loy, O. (Eds.). (2005). *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 41, 2: 225-580.
- Marguénaud, J.-P. (2005). *La Cour européenne des droits de l'homme* (3rd ed.). Paris: Dalloz.
- Martin, F. F., Schnably, S. J., Slye, R. C., Wilson, R., Falk, R., Simon, J. S., et al. (Eds.). (1997). *International human rights law and practice—Cases, treaties and materials*. Hague, Netherlands: Rights International.
- McKaskle, P. L. (2005). The European Court of Human Rights: What it is, how it works, and its future. *University of San Francisco Law Review*, 40: 1-84.
- Rehman, J. (2003). *International human rights law*. London: Longman.
- Rigaux, F. (2007). Les fondements philosophiques des droits de l'homme. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 70: 307-349.
- Rodière, P. (2002). *Droit social de l'Union européenne*. Paris: LGDJ.
- Skordas, A. (2005). Is Europe an “aging power” with global version? A

- tale on constitutionalism and restoration. *Columbia Journal of European Law*, 12: 241-191.
- Soriano, M. C. (2006). Droit au regroupement familial et droit au mariage du citoyen de l'Union européenne et des membres de sa famille à la lumière de la Directive 2004/38/CE. *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 64: 923-953.
- Sudre, F. (2006). *Droit européen et international des droits de l'homme* (8^e éd.). Paris: Presse Universitaire de France.
- Tizzano, A. (2006). La protection des droits fondamentaux en Europe: La Cour de justice et les juridictions constitutionnelles nationales. *Revue du droit de l'Union européenne*, 1: 9-21.
- Tomuschat, Ch. (2003). *Human rights: Between idealism and realism*. Oxford, UK: Oxford University Press.
- Vasseur-Lambry, F. (2000). *La famille et la Convention européenne des droits de l'homme*. Paris: L'Harmanttan.
- Weiler, J. H. H. (1999). *The constitution of Europe—"Do the new clothes have an emperor?" and other essays on European integration*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.
- Weiler, J. H. H., & Wind, M. (Eds.) (2003). *European constitutionalism beyond the state*. Cambridge, UK: Cambridge University Press.

**The Protection of the Right to Marry and the Right
to Found a Family in European Union
—A Perspective from the Case-Laws of
the ECHR and of the ECJ**

Yao-Ming Hsu

Institute of Law for Science and Technology, National Chung-Hsing University
250 Kuo-Kuang Road, Taichung 40254, Taiwan
E-mail: yaoming_hsu@hotmail.com

Abstract

Based on the relevant jurisprudences of European Court of Human Rights on Article 12 of the European Convention on Human Rights, and on the relevant legislations of the European Community and the jurisprudences of the European Court of Justice, this article attempts to analyze the conditions and the application of the protection of right to marry and right to found a family in European Union. Besides, considering the necessary protection of the transsexuals, gays, and lesbians, it also provides a critical analysis for the possible application of the Articles 8 and 12 of the European Convention on Human Rights, and the relevant practices established by the European Court of Justice. At last, because the principle of free movement of persons is well established in the European Union, it illustrates the possible dilemmas in European private international law, when dealing with same-sex marriages acknowledged in some Member States, but the non-recognition of these marriages elsewhere in the Union.

Key Words: European Union, Human Rights, Right to Marry, Right to Found a Family, Same-Sex Marriage